

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF-374 E A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

TOZZO, Eduarda Gerber¹
REZENDE, Guilherme Carneiro²

RESUMO: O estudo tem como objetivo apresentar uma discussão sobre como funcionam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos perante a aplicação das penas privativas de liberdade no âmbito global, bem como analisar o ordenamento jurídico brasileiro referente às execuções penais, juntamente com o controle de convencionalidade. Ademais, apresentar-se-á o Estado de Coisas Inconstitucional previsto na ADPF - 347 pelo STF. Além disso, analisar-se-á a ligação da falta dos direitos humanos fundamentais, durante o período de reclusão, com a criminalidade e o reflexo causado na sociedade. Também serão expostas as dificuldades na ressocialização e implantação do ex-detento na sociedade, após reaver a sua liberdade. Ademais, a pesquisa apontará os temas da superlotação e do superencarceramento, analisando o *numerus clausus*, no sentido de apresentar as possíveis penas alternativas que podem ser aplicadas.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade; Reclusão; Impacto social; Criminalidade e globalização.

ABSTRACT: The article has the purpose of presenting a discussion about how works the International Human Rights Treaties towards the applicability of prison sentence on a global level, analyze the brazilian juridical order about the penal executions, along with the conventionality control institute, in addition will submit the unconstitutionality state of affairs planned at ADPF - 347 by Supreme Court. Furthermore, will analyze the connection between the lack of fundamental human rights during the imprisonment with the criminality and the reflection it causes in society, will also expose the difficulties of the ex-inmate resocialization and implantation at society after getting your liberty. Besides, will point the subjects of overcrowding and over-incarceration, analyze the *numerus clausus* and submit the possible alternative sentences that can be applied.

KEY WORDS: Unconstitutionality; reclusion; social impact; criminality and globalization.

1 INTRODUÇÃO

Vivenciamos um quadro de afrontamento aos Direitos Humanos Fundamentais previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal Brasileira, os quais garantem ao cidadão preso integridade física, moral, saúde, segurança, dentre vários outros direitos. Dessa forma, o artigo analisará como funciona o sistema Penitenciário do Brasil, comparando as legislações pertinentes com o atual cenário dos presídios, e qual a conexão dessa inconstitucionalidade com a criminalidade.

Os detentos estão restringidos de sua liberdade de locomoção, não podendo ser privados de seus demais direitos fundamentais. A legislação vigente prevê a esses sujeitos condições mínimas para ter uma condição de vida digna. Ocorre que as leis, os princípios e os entendimentos jurisprudenciais não estão sendo aplicados adequadamente, causando risco à vida, à integridade física, psíquica e moral dos apenados.

O ponto crucial do tema é a vida das pessoas encarceradas, as quais, além de estarem sujeitas a situações insalubres e precárias, não possuem condições de buscarem, sozinhos,

¹Acadêmico do curso de direito da Universidade Fundação Assis Gurgacz, eduarda.g.tozzo@hotmail.com.

²Professor do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, guilhermec.rezende@gmail.com.

assistência, seja ela médica, material, jurídica, religiosa, social e educacional. Trata-se de um assunto antigo, que se prolonga até os dias atuais e, apesar de o sistema penitenciário já ter sido declarado “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, no campo prisional, descortinam-se dificuldades em aplicar e efetivar as decisões vinculantes e os direitos e garantias fundamentais.

Vale informar que a função social da pena é a ressocialização de quem fere as leis previstas no Código de Direito Penal e a proteção do Estado, o qual se vale dela para evitar eventuais lesões a bens jurídicos. Caso isso não existisse, teríamos problemas com a convivência social. Por outro lado, a pena também possui a função de ressocializar e incluir novamente os delinquentes na sociedade.

Tendo em vista que ocorre uma ofensa aos direitos fundamentais, um ponto a ser levantado é a superlotação e o superencarceramento, os quais andam paralelamente à violação dos direitos. Tais temas, por sua vez, abordam a omissão do Estado, no âmbito judiciário e executivo, de forma que, respectivamente, muitos juízes condenam arbitrariamente pessoas a serem presas, e o Estado não disponibiliza mais presídios, vagas e dinheiro às instituições, mesmo estando ciente do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Como resposta ao superencarceramento e à superlotação, foi implementado no Brasil, por meio da Lei nº 9.714, de 25 de novembro 1998, as penas alternativas, que por sua vez buscam a possibilidade de aplicar penas diversas à pena privativa de liberdade. Ocorre então a imposição de responsabilidades e obrigações ao infrator perante a sociedade, sendo uma política de inclusão social, além de ser um novo instrumento penal para efetivar a punição, tendo como principal objetivo a dissuasão e a reabilitação do condenado.

O objetivo do presente trabalho é analisar o posicionamento dos estudiosos do direito referente à omissão do Estado perante a aplicabilidade da execução penal, analisando assim a ligação do Estado de Coisas Inconstitucional, previsto na ADPF-374, com o aumento da criminalidade, apresentando as medidas alternativas que podem ser aplicadas no lugar da pena privativa de liberdade. Será apresentado um estudo jurídico acerca da não aplicação das normas constitucionais e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos em face dos cidadãos-presos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Após a era Hitler e a Segunda Guerra Mundial, a internacionalização dos direitos humanos surgiu com o intuito de trazer soluções às violências e atrocidades que vinham ocorrendo em diversos países perante os cidadãos. É um movimento que surgiu recentemente na história, apontando o Estado como o grande violador de direitos humanos e tornando-o responsável quando instituições públicas se tornam falhas ou omissas em suas obrigações de Estado (PIOVESAN, 2016).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, afirmou que, além das garantias e direitos, expressos em seu texto, os Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, terão validade. Ademais, o STF entendeu que existe uma tripla hierarquia dos Tratados Internacionais, podendo os tratados serem equivalentes às emendas constitucionais, serem normas supralegais ou terem força de lei ordinária, trazendo autonomia e relevância aos Pactos Internacionais. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL RE 466.343, STF, 2008).

De acordo com Piovesan (2016), a ordem pública só tem sentido se respeitado solenemente o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o Tratado Internacional dos Direitos Humanos, em seu artigo V prevê que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou a castigo cruel, desumano ou degradante. (PIOVESAN, 2016).

A Convenção Americana também foi um tratado adotado pelo Brasil, dispondo em seu art. 5º que é direito de toda pessoa a integridade física, psíquica e moral, devendo respeitar a dignidade inerente ao ser humano dos que estão com a liberdade privada e promover a eles, tendo como finalidade essencial a readaptação e a reforma social dos cidadãos-detentos. (CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, 1969).

2.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Mazzuoli (2016), ao se posicionar sobre o Controle de Convencionalidade, conceituou-o como uma aferição da compatibilidade vertical material com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vigentes no Brasil com as normas de direito interno. Ou seja, é a compatibilidade vertical das normas internacionais com as leis brasileiras. (MAZZUOLI, 2016).

Segundo Geraldo (2012), a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe consigo a recepção das Convenções Internacionais, interferindo internamente o ordenamento jurídico brasileiro,

permitindo que, assim, tivessem relevância, validade e eficácia, diretamente nas normas brasileiras, e no caso em questão, no processo de execução penal. (GERALDO, 2012).

Apesar de o Controle de Convencionalidade ter dificuldade em ser aplicado em primeira instância, encontra-se cada vez mais comum e frequente nas decisões de Juízes de jurisdição superiores, que estão cada vez mais acatando orientações desses Tratados Internacionais recepcionados no ordenamento interno brasileiro. (GERALDO, 2012).

2.3 EXECUÇÃO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal Brasileira prevê diversos direitos e princípios inerentes à execução penal, dispondo em seu art. 5º que a pena é personalíssima (XLVI), não havendo pena de morte, salvo hipótese do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de banimento ou cruéis e nem com trabalhos forçados (XLVII), conforme o princípio da humanidade, assegurando ao preso que sua integridade física e moral seja respeitada (XLIX). (BRASIL, 1988).

Além disso, os detentos serão separados para o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, em feminino ou masculino e a idade do apenado (XLVIII). É assegurado às presidiárias permanecerem com os filhos durante o período de amamentação (L). (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que a sanção prevista em lei de pena privativa de liberdade atinge apenas o direito de liberdade de locomoção do sujeito, não podendo ser violados os demais, na medida em que o preso encarcerado não possui condições de, sozinho, buscar assistência médica, jurídica, material, educacional, religiosa e social. (VALOIS, 2019).

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) dispõe aos presos o direito à assistência material (art. 12, LEP), devendo o Estado disponibilizar alimentos, vestuário e instalações higiênicas, assistência à saúde (art. 14, LEP), sendo direito do preso o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Cita-se, ainda, assistência jurídica (art. 15, LEP), detendo o Estado o dever de proporcionar a defensoria pública aos presos hipossuficientes. Convém mencionar a assistência educacional (art. 17, LEP), oferecendo formação profissional e instrução escolar, sendo obrigatório o ensino fundamental. Há ainda a assistência social (art. 22, LEP), tendo por finalidade amparar e proteger o detento para o reingresso à sociedade. Por fim, convém frisar a assistência religiosa (art. 24, LEP), com o intuito de proporcionar aos presos liberdade de culto e posse de livros de instrução religiosa. (BRASIL, 1984).

2.4 AS FUNÇÕES DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As penas estão correlacionadas diretamente com o desenvolvimento do Estado, no sentido de que o Estado se vale delas para proteger-se de eventuais lesões a bens jurídicos, funcionando como uma medida de segurança, ou seja, na mesma proporção em que o Estado cresce, o Direito Penal e as penas crescem junto com ele. O entendimento que a doutrina tradicional possui é o de que a pena é um mal que foi concebido para ser exposto ao autor de um delito, para que a sua culpa seja sanada. (BITENCOURT, 2017. p.219).

De acordo com Muñoz Conde (1975), no universo do Direito Penal, é praticamente unânime a ideia de que a pena justifica-se pela sua necessidade, de forma que a convivência na sociedade não seria possível caso não existissem penas. Nesse mesmo sentido, Gimbernat Ordeig (1981) entende que a pena é um recurso ao qual o Estado recorre quando necessário, para que haja uma boa convivência entre quem vive em sociedade.

Outra função evidente da pena é a ressocialização do condenado na sociedade, conforme demonstra o art. 1º da Lei de Execuções penais: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Neste mesmo sentido, seguindo os pensamentos de Ribeiro, 2008:

A lei de execução Penal concebe a ideia de ressocialização como um direito do condenado e deixa a sua escolha participar ou não dos programas de tratamento, respeitando assim a sua personalidade e a sua integridade moral, decorre da adoção, pela Constituição Federal, do princípio da humanidade, segundo o qual qualquer pessoa privada da sua liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente a todo ser humano. (RIBEIRO, 2008, p. 98)

Contudo, de acordo com Zaffaroni (2015), existe uma dualidade grande sobre a função do sistema penal com a realidade social, de forma que a Sociologia e a Criminologia do Direito Penal atual possuem diferentes funções.

De um lado, o sistema prisional possui a função de selecionar, de forma arbitrária, pessoas com menos condições sociais para criminalizá-las e usar de exemplo para os demais, para a percepção dos limites sociais. Já para outros “cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro”. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2015 p. 226).

Para Jock Young (2002), a função que o sistema prisional cumpre é a de criminalização seletiva dos marginalizados, de maneira que a exclusão pode-se manifestar em três esferas, são elas: a exclusão na própria sociedade entre as pessoas, a exclusão dos sistemas de justiça criminal e da segurança privada, que está em ascendência e, por fim, a exclusão dos mercados de trabalho.

2.5 ADPF - 347 E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Valois (2019) articula, em sua obra a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-MC*, que o Supremo Tribunal Federal decretou o Estado de Coisas Inconstitucional presente nos presídios brasileiros, reconhecendo a situação desumana das cadeias, afirmando serem ilegais, inconstitucionais e ferem a dignidade da pessoa humana. Contudo, apesar deste entendimento, ainda é admitido e possível que pessoas fiquem encarceradas nestas prisões. (VALOIS, 2019).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio pontuou a distância das normas constitucionais entre a realidade dos presídios brasileiros:

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. (ADPF-347 MC/ DF. Ministro Marco Aurélio, 2015, p.23).

O Ministro Marco Aurélio também apresentou a calamidade do sistema prisional:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (ADPF-347 MC/ DF. Ministro Marco Aurélio, 2015, p.23).

Com isso, o julgamento da ADPF-347 definiu o “Estado de Coisas Inconstitucional”, pois reconheceu a massiva e persistente violação dos direitos fundamentais, tendo falhas na estrutura e políticas públicas falidas, dependendo da modificação de medidas normativas, administrativas e orçamentárias (ADPF-347. 2015, p. 3).

Além das precariedades e omissões do Estado, segundo Valois (2019), a superlotação presente no sistema penitenciário brasileiro permite incontáveis crimes, violência e abusos entre os apenados, sendo todo o cenário camuflado pelo Estado. Os presídios, por serem instituições estatais, deveriam favorecer a segurança, no entanto, o detento não dispõe desse direito. (VALOIS, 2019).

2.6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A CRIMINALIDADE

Nas palavras de Nucci (2018), a prisão é uma escola do crime, considerando que a pena privativa de liberdade não presta e está falida, no sentido de que as normas vigentes

protegem os direitos dos detentos, contudo não ocorre sua aplicabilidade, sendo assim ineficaz. Se observamos a realidade dos presídios, é notável a ocorrência do descumprimento da lei, sendo um grave erro, pois se esta estivesse sendo cumprida corretamente, a pena não estaria falida. (NUCCI, 2018).

Valois (2019) entende que “A violação da dignidade da pessoa humana, que se verifica no caso concreto do encarceramento, acaba revelada em razão de uma imagem de segurança pública que só propaga mais insegurança”. Ademais, declarou que ocorre a relativização dos princípios constitucionais e o Judiciário se afasta de seu ideal de isenção. (VALOIS, 2019).

De acordo com o Ministro Marco Aurélio (2015), o sistema carcerário não serve à ressocialização dos detentos, sendo incontestável que causam o aumento da criminalidade, de forma que “transformam pequenos delinquentes em monstros do crime”, conforme declarou na ADPF-347. Temos as altas taxas de reincidência como prova da imprestabilidade do sistema como política de segurança, ademais, o reincidente passa a cometer crimes piores. (ADPF-347 MC/ DF. MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2015, P.26).

Existe risco de vida iminente nos sistemas penitenciários, de forma que as chances de morrer em cárcere são bem maiores que as de morrer em liberdade, apesar de, ironicamente, a função do sistema penitenciário é ser a contenção de crimes, sendo afastado o zelo à integridade física dos presos. A integridade moral, por sua vez, é violada desde o momento da detenção, durante a abordagem, passando pelas delegacias, até o julgamento dos tribunais, e por fim e mais drástico, nas penitenciárias. (VALOIS. 2019, P. 66).

Dessa forma, considerou o Ministro Marco Aurélio na ADPF-347 “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”. (ADPF-347 MC/ DF. MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2015).

2.7 O ESTADO DA ARTE: O SUPERENCARCERAMENTO E A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS

De acordo com os dados oficiais da INFOPEN, a superlotação dos presídios atingiu níveis alarmantes nas últimas décadas, colocando em risco a essência e a função do sistema prisional, conforme é possível observar:

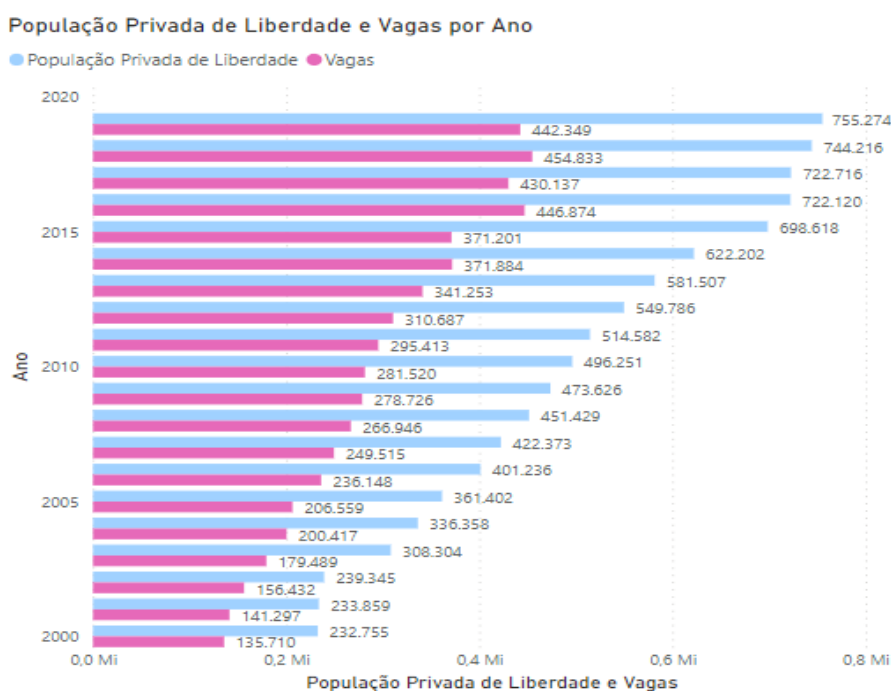
Em junho de 2016 a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 70% em relação ao total registrado no início da década de 90 (INFOPEN, 2017).

Neste sentido, podemos destacar a reiterada omissão dos Poderes Executivos e Legislativos no que diz respeito à ausência de medidas orçamentárias, administrativas e legislativas. Tem-se uma falha na estrutura de políticas públicas, de forma que, além de violar direitos, ocorre a intensificação da situação. (ADPF-347 MC/ DF. Ministro Marco Aurélio, 2015, p.27).

Está disposto na ADPF-374 que ocorre uma “falha estatal estrutural” ou “litígio estrutural”, portanto, é necessária a destinação de fundos orçamentários, a regulação das instituições carcerárias e dos seus arranjos institucionais, a criação de novas políticas públicas e a reparação das já existentes, mas que não atingem a finalidade, ou seja, é necessária a sua reestruturação. (ADPF-347 MC/ DF. MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2015, p.28).

Se observarmos os dados oficiais disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), é notória a falha estrutural, de forma que as prisões possuem um nível de ocupação de 151,9%, e apenas 63% dos estabelecimentos prisionais têm um espaço específico para atendimentos médicos, como locais para consultas, realização de exames e primeiros socorros, além disso, normalmente não possuem médicos, apenas enfermeiros.

Com base nos dados de população prisional, déficit e vagas, encontrados no site do Departamento Penitenciário Nacional, não se tem como negar que existe uma falha estrutural que coloca em risco a função do Sistema Prisional. Tem-se constatado que, de fato, existem mais presos que o número de vagas, conforme está demonstrado no gráfico a seguir:



(DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2019, p.10)

A palavra superencarceramento, diferentemente da superlotação, que se tem uma ideia de culpa do Poder Executivo, o qual não disponibiliza mais vagas, mais dinheiro e mais presídios, decorre da noção de que o Poder Judiciário também possui uma parcela de culpa para a superlotação, de forma que realiza diversas condenações de maneira arbitrária. (VALOIS, 2019. P. 32).

Segundo nas palavras de Valois (2019) é necessário que o Poder Judiciário se expanda, tendo mais juízes em bairros e comunidades, para que consigam atender com tempo hábil e analisar todos os casos de maneira detalhada, conforme se vê a seguir:

É, de fato, impossível que um juiz em uma comarca distante, responsável por processos cíveis, criminais e de família, por exemplo, possa estar disponível para ouvir em tempo hábil todas as pessoas que são presas na cidade. (VALOIS, 2019, 36).

Podemos caracterizar essa arbitrariedade do Poder Judiciário como um “ativismo judicial”, conforme foi chamado por Valois (2019), no sentido de que pessoas estão sendo encarceradas por esse poder, mesmo havendo o conhecimento de que elas estão sendo presas em situações ilegais, a fim de garantir a segurança pública. (VALOIS, 2019. P. 42).

Nesse pensamento, Valois (2019 P.42.) afirma que “o judiciário encarcera como se a lei que prevê a prisão como método punitivo estivesse sendo cumprida, como se a prisão que existisse na lei estivesse efetivamente na realidade, uma atividade encarceradora alienada.”

Por conseguinte, tal ideia é respaldada pela Súmula Vinculante n.º 56, do Superior Tribunal Federal, e que vem sendo aderida pelos juristas, a qual afirma que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”. (STF, SÚMULA VINCULANTE N° 56).

Na ADPF 347 em que foi decretado o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro, o Ministro Lewandowski determinou e conceituou o *numerus clausus*, dizendo o seguinte:

Eles (os juízes) têm que observar estritamente o espaço físico das prisões, por que senão, se o juiz determinar a prisão para uma penitenciária, uma cadeia pública, para uma cela onde cabem vinte pessoas e já existem cem pessoas, evidentemente este mandato será cumprido em uma situação muito mais gravosa do que a própria sentença determinada. (ADPF-347 MC/ DF. MINISTRO LEWANDOWSKI, 2015, P. 111).

O instituto do *numerus clausus* surgiu na França, em 1989, tendo a finalidade de combater a superlotação e o superencarceramento dos presídios, de forma que o número de presos em um presídio deveria ser igual ou equivalente ao número exato de vagas disponíveis. Sendo assim, não é possível colocar alguém onde não se tenha vaga. (BONNEMAISON, 1989).

Conforme Valois (2019), se os juristas tirassem conclusões com base na matemática, é simples de entender que se, um estabelecimento prisional possui um número X de vagas, é este o número exato de presos que essa prisão é capaz de abrigar, de forma que, se entrar um preso a mais, outro deverá sair. Entretanto, existe uma dualidade de responsabilidades, no sentido de que o Poder Executivo também deve colaborar com estrutura.

Contudo, como já demonstrado anteriormente, ocorre um congelamento das verbas por parte do Poder Executivo, o qual, como exposto no Portal da Transparência do Fundo Penitenciário Nacional, as despesas previstas ao Sistema Carcerário no ano de 2022 foram de R\$323,58 milhões de reais, entretanto, o que foi gasto até o momento, foi o valor de R\$20,22 milhões. Nesse mesmo sentido, nos anos anteriores não foi disposto ao Sistema Penitenciário nem metade do previsto, como, por exemplo, no ano de 2021, em que o teto seria de R\$373,30 milhões, sendo investidos apenas R\$197,74 milhões. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2022)

Não há que negar que o *numerus clausus* é um conceito lógico que pode ser comparado com ciências exatas, como a Física, que é constantemente desafiada pelo sistema carcerário, de forma que no mesmo espaço não cabem dois corpos ao mesmo tempo. Podemos concluir, então, que a superlotação do sistema prisional é de fato um violador da lei, e o *numerus clausus* é apenas uma visão amenizadora para toda esta situação de calamidade (VALOIS, 2019, p. 36).

2.8 PENAS ALTERNATIVAS: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO AO SUPERENCARCERAMENTO

No Brasil, as penas alternativas foram implementadas no ano de 1984, sendo uma medida punitiva de natureza socioeducativa, visando dificultar e substituir a pena privativa de liberdade. Contudo, para serem implementadas e terem efetividade da legislação, as medidas alternativas dependem de políticas públicas criminais. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 481).

As penas alternativas, apesar de alcançarem os mesmos crimes e condenações, agem de maneira diferente das penas privativas de liberdade. Tal diferença está na forma que será executada e supervisionada, intervindo em organizar a vida pessoal em relação à convivência com a sociedade do condenado. Ela se apresenta como uma resposta racional e reabilitadora ao crime, afastando a submissão de ser a solução, de modo que tanto o punido quanto a sociedade se beneficiam. (BERDET, 2017).

Segundo Bitencourt (2000, p.10), um dos grandes objetivos da pena é defender a sociedade e reabilitar o infrator. Contudo, essa finalidade não está sendo alcançada pelas penas privativas de liberdade. Nesse sentido, a aplicação das penas alternativas aos indivíduos que não oferecem riscos à integridade da comunidade é uma opção, evitando a repressão e segregação dos sentenciados, permitindo que eles continuem inseridos na sociedade, sem que sofram preconceitos.

Diferentemente das prisões, na atual realidade, as penas alternativas não propiciam um ambiente que estimule a prática de crimes, elas coíbem o apenado, de forma que ocorre um processo de reintegração do indivíduo na sociedade por parte do Estado. A reabilitação se dará por meio da imposição de medidas como a restrição de direitos, trabalho à comunidade ou a ente público gratuito, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de dirigir, limitação de fim de semana, entre outras. (COSTA, 2001).

Com fulcro no art. 43 do Código penal, as penas restritivas de direito são: prestações pecuniárias (inciso I); perda de bens e valores (inciso II); limitação de fim de semana (inciso III); prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (inciso IV); interdição temporária de direitos (inciso V); e limitação de fim de semana (inciso VI). Tais medidas foram implementadas pela Lei nº 9.714, de 25 nov. 1998, alterando os dispositivos do Código Penal de 1940. (BRASIL, 1998).

A implementação da Lei nº 9.714, de 25 nov. 1998, colaborou com a chamada “tendência de despenalização”, conforme o entendimento de Prado (2004), o legislador contribuiu trazendo as hipóteses de penas alternativas, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário efetivar e implementar tais medidas. Ademais, a lei das penas alternativas trouxe consigo uma expectativa de que os índices de reincidência iriam diminuir, promovendo a devida ressocialização do condenado e, por consequência, iria contribuir para a diminuição da superlotação e do superencarceramento. (PRADO, 2004).

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, de 2009, trouxe dados que apontam como as penas alternativas trazem resultados nos quesitos de ressocialização e reincidência, de forma que:

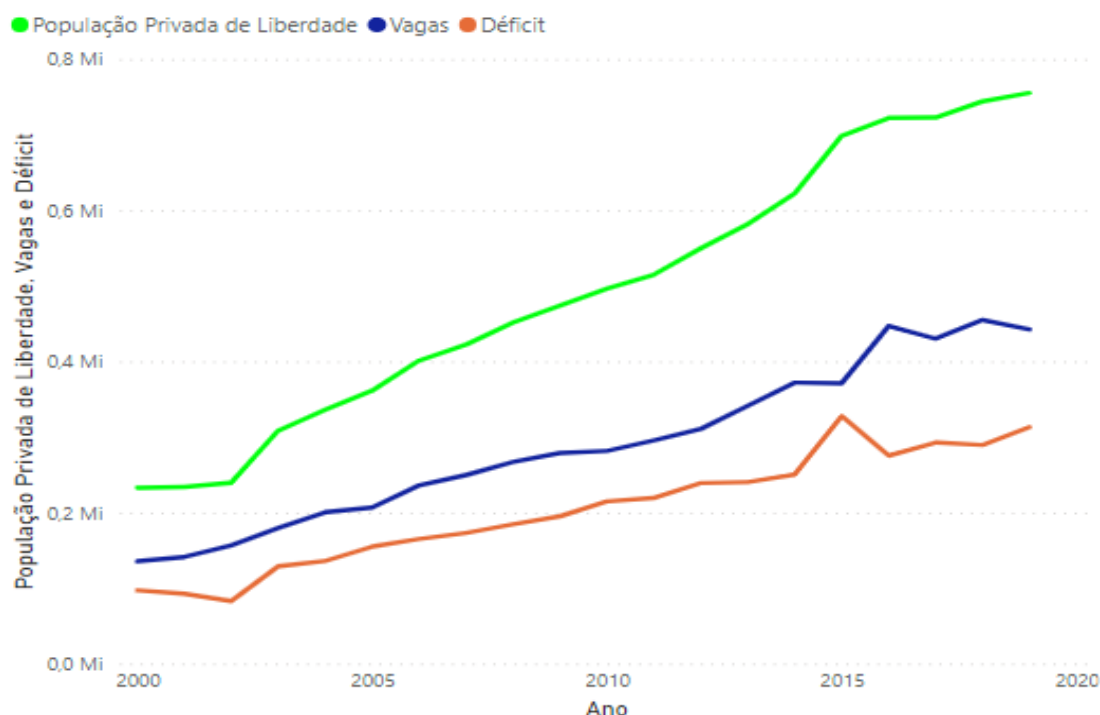
As estatísticas confirmam o acerto da adoção das penas alternativas. No Estado de São Paulo, enquanto a reincidência média do sistema penitenciário é de 47%, nas penas alternativas restringe-se a 2%. O Estado de São Paulo gasta cerca de R\$ 775,00 ao mês para manter um preso em uma penitenciária, enquanto um condenado à prestação de serviços à comunidade custa em média R\$ 26,00. Isso sem computar o valor do trabalho que realiza em órgãos públicos e entidades filantrópicas. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p,481).

Ademais, de acordo com especialistas da área, foi constatado que 20% a 25% das pessoas que se encontram encarceradas poderiam cumprir a pena em liberdade, realizando penas alternativas. Já nos presídios de segurança máxima, apenas 35% dos presos deveriam estar lá; os demais poderiam estar em instituições de menor segurança, de regime aberto ou semiaberto. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 482).

Porém, um dos obstáculos para a aplicação das penas alternativas está presente na própria lei que a instituiu, a Lei nº 9.714 de 1998, a qual, por sua vez, veda a substituição da pena privativa de liberdade quando a pena for sentenciada com até quatro anos, não podendo ser aplicada a crimes de violência e/ou grave ameaça à pessoa, sendo bastante restritos os crimes passíveis de sua aplicação. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 482).

O critério proposto pela lei é, em certa medida, adequado, reservando o cárcere aos crimes mais graves, com pena superior a quatro anos e/ou cometidos com o atributo da violência/grave ameaça. O superencarceramento demonstra que, ou estamos falhando na execução das penas restritivas de direito, ou os índices de criminalidade (violenta) no Brasil têm eclodido com o passar dos anos, merecendo maior e melhor atenção das instâncias de controle, conforme podemos observar o aumento da população carcerária com o gráfico a seguir:

Déficit total e Vagas por Ano - Valores absolutos



(DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2019, p.07)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos a história, destacam-se cenários que violaram diretamente os direitos humanos fundamentais de sujeitos que se encontram em liberdade privada, surgindo, assim, a necessidade de defendê-los. A reiterada maculação a esses direitos inerentes ao ser humano teve relevância e alcance global. Dessa forma, os Tratados Internacionais, que visam proteger um bem comum, adquiriram eficácia e validade no Brasil.

A Constituição Federal, com a Emenda Constitucional 45/2004, trouxe a ideia de Controle de Convencionalidade, o qual é similar ao Controle de Constitucionalidade, buscando vistoriar a correta aplicabilidade das normas previstas em Tratados Internacionais que foram adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, com uma breve revisão dos direitos dos cidadãos-presos, é visível que possuímos tanto normas constitucionais, quanto leis ordinárias que prezam pelos direitos humanos. É importante afirmar que o preso encontra-se privado apenas de sua liberdade de locomoção, não tendo condições de alcançar esses direitos sozinho, devendo o Estado dispor de assistências básicas, pois existe uma relação de dependência entre preso e Estado.

A função da pena em caráter essencial é um mecanismo que o Estado recorre, mediante a ocorrência de um crime, para que haja uma boa convivência na sociedade. Apesar de possuir esse caráter de necessidade, a pena também possui a função de ressocializar e reabilitar os condenados, incluindo-os novamente na comunidade.

Contudo, a realidade fática dos presídios não condiz com o ordenamento jurídico, estando em falência e em situação vexatória, de forma que foi caracterizado o “Estado de Coisas Inconstitucional” em 2015, por meio da ADPF-347, do STF. Diversos problemas foram mencionados na decisão, como a superlotação, a ausência de assistências básicas e a violação de diversos direitos fundamentais, porém, apesar das considerações feitas, ainda é permitido que pessoas sejam detidas nesses ambientes. (ADPF-347 MC/ DF. MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2015).

O superencarceramento e a superlotação são um tema de suma importância quando o assunto é “o Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios”, de maneira que, respectivamente, ocorre um superencarceramento, por meio de condenações arbitrárias, por parte do Poder Judiciário e uma omissão em dispor mais verbas por parte de Poder Executivo, apesar de ambos os poderes terem ciência do estado em que o sistema penitenciário se encontra.

Atualmente, temos a possibilidade de aplicar as penas alternativas que, por sua vez, aparecem com a finalidade de alcançar os objetivos de ressocialização e reabilitação

almejados pelo ordenamento jurídico, porém, não é a total solução para os problemas do sistema penitenciário brasileiro e da criminalidade que é a florada nestes estabelecimentos.

Tais penas restritivas de direitos evitam que infratores de pequeno potencial ofensivo convivam com criminosos de alta periculosidade, além disso, a ressocialização e o cumprimento da pena ocorrem simultaneamente, sem ocorrer preconceitos. Neste sentido, vale ressaltar que tal medida é reservada a indivíduos de menor periculosidade, que praticaram crimes com penas de até 4 anos e que não sejam violência ou grave ameaça a pessoa.

Portanto, é notável que a função social da pena, a ressocialização, e a aplicação das normas vigentes no Brasil, não estão sendo de fato empregadas no sistema prisional, e o Estado não vem cumprido com seu dever de dispor aos presos os seus devidos direitos. Em consequência da omissão do Estado em não aplicar as normas legais e não dispor da devida verba orçamentária, não é alcançado o objetivo da pena privativa de liberdade, a ressocialização e de neutralizar os indivíduos perigosos, de forma que existem mais riscos dentro dos presídios do que fora deles.

REFERÊNCIAS

BERDET, Marcelo. O Significado das Punições nas Penas Alternativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 131/2017 | p. 447 - 480 | Maio / 2017 DTR\2017\916.

BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONNEMAISON, Gilbert. **La modernisation du service public pénitentiaire**: rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Paris: Ministère de la Justice, 1989.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL, Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL, Lei n.º 9.714 de 25 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CPI do Sistema Carcerário. 2009. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Ação Parlamentar n.º 384. Brasília, Brasil. Disponível em: file:///C:/Users/eduar/Downloads/CPI%20Sistema%20Carnera%CC%81rio.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

CONDE, Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 33 e s.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Penas Alternativas*. Consulex - Revista Jurídica. Brasília, DF, 2001.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Apresentação Microsoft Power. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 maio 2022.

GERALDO, Leandro Moreira. **Controle de convencionalidade aplicado ao Direito Penal brasileiro**. Paraná. FACNOPAR, 2012. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974732311778.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização). Organização: Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Painel Interativo: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Período de julho a dezembro de 2019. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 03 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Curso-de-Execução-Penal-Guilherme-de-Souza-Nucci-2018.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

ORDEIG, Gimbernat. Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, in *Estudios de derecho penal*, 2. ed., Madrid, Civitas, 1981, p 115.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/orgaos/30907?ano=2021>. Acesso em: 19 maio 2022.

PRADO, Luís Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Acesso em: 09 maio 2022.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. A função da reintegração social da pena privativa de liberdade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed, 2008.

STF. ADPF 347 MC, Distrito Federal. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 nov. 2021.

STF. RE 466.34, São Paulo. 2008 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRATADO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 11.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015